IESVS
POR
Doña Franciſca de Fon

tiberos y Gongora muger que de preſente es de don Franciſco de Arreſſe Narbaez, deſpues de auer embiudado del ſeñor don Alonſo Muñoz de Otalora, Oydor que fue de Granada, y Alcalde de Caſa y Corte.

CONTRA

Carlos Cataño de Gongora, y Luys de Gongora vezinos de Marchena, herederos que han venido a ſer de Fernan Garcia de Benjumea, y de doña Luyſa de Gongora ſu hermana.



LANA coſa es q̃ lo prometido en dote aduenticia por algun eſtraño que no ſea padre, o aſcendiẽte paterno, ſe entiende ſer de la muger, y ſe le adquiere: y que diſſoluiendoſe deſpues el matrimonio por muerte del marido, le compete a ella derecho de cobrallo. l. vnica. §. accedit. C. de rei vxoriæ actione, dum inquit, *Ipſa mulier feciſſe videatur tacitam ſtipulationem, niſi expræſſim extraneus ſibi dotem redi pactus fuerit, vel ſtipulatus: cum donaſſe magis mulieri quâm ſibi aliquod ius ſeruaſſe extraneus non ſtipulando videatur.* *Extraneum autem intelligimus omnem*

citra parentem per virilem sexum ascendentem, & in potestatem dotandam personam non habentem, &c. l. vltima in principio. C. de iure dotium. l. 30. ad finem tit. 11. part. 4. l. si extraneus. 6. ff. de conditione causa data, notatur in. l. 2. §. quod si in patris. ff. soluto matrimonio, occasione glossæ, verbo, *profecta sit*, vbi nouissimè Barbosa, præcipuè. n. 13. & 24. cum alijs, Mantica de tacitis, & ambiguis conuentionibus, tomo. 1. lib. 12. tit. 9. in principio, Paz in praxi. 3. tomo cap. 6. §. 12. n. 22. Guido Papæ, & eius Additionatores, decis. 523. Menochius præsumptio. 5. lib. 3. præsertim n. 11. & casu. 88. de arbitrarijs, ex num. 36. Mascardus conclusione. 572. de probationibus, in nouissimis, Alphanus collectanea. 276. Cardinalis Tuschus tomo. 2. verbo, *dos*, conclus. 786. y assi por aqui entramos legitimando sin dificultad la persona, y accion de doña Francisca, para poder pedir lo que le prometio Fernan Garcia de Benjumea su tio, hermano de Luys de Gongora su abuelo materno, quando se concertô de casar con el señor don Alonso Muñoz de Otalora: especialmente que en la carta de dote a fojas. 19. del processo compulsado en el fin, & fol. sequenti se dize por palabras formales, y claras. Que la restitucion, y paga cada y quando que el matrimonio fuesse disuelto, se haria, y auia de hazer a la sobredicha, y a quien por ella fuesse parte: lo qual con todo lo otorgado aprobó, y huuo por bueno el dicho Fernã Garcia, auiendosele leydo, y hallandose presente, vt statim patet fol. 21.

Lo prometido fue en quantidad de ocho mil ducados, quatro mil de ellos precisos, y otros quatro voluntarios, en esta manera. Que el dicho Fernan Garcia de Benjumea los pudiesse reuocar: y supuesto q̃ no los reuocô, parece ser muy corriente, y justificada la pretension de cobrallos: porque fue visto perseuerar en la misma voluntad, ex suppositis, & animaduersis in. l. 17. & in. l. 44. Tauri, donde se trata de los que hazen mejoras, o mayorazgos, reseruando

en

en si facultad de poder alterallos. Y es indubitable que si no vsan della, ni reuocan lo hecho, queda firme para siempre jamas, sin que dexe el acto de ser donacion, o promessa en su principio, no obstante que pueda ser deshecho, y resuelto: agnoscunt indiuidualiter Iason, & Carolus Ruinus, Castellianus Cotta, & Andreas Alciatus, Hieronymus Gabriel, & Caualcanus, Marcus Antonius Natta, Ludouicus Morotius, & Nauarrus laudati à Fontanella, de pactis nuptialibus, seu capitulis matrimonialibus, clausula 4. glossa 26. num. 1. & 2. cum alijs, fol. 361. cuius inter alia sunt hæc verba: *Tali casu facta, censebuntur donatio, & hæreditamentum non sequuta alienatione, vel reuocatione, sub qua limitata censentur*, & infra, *compati se donationem inter viuos, & pactum de reuocando, seu de bonis donandis alteri, aut in fauorem aliorũ in vltima voluntate disponendi: quia donatio habebit effectum, & censebitur facta in casu quo donator non reuocauerit donationem, &c.* bene Cardinalis Mantica. 2. tomo de tacitis, & ambiguis conuentionib. lib. 3. tit. 47. num. 3. ibi: *Quam ob rem si donator reseruauerit sibi facultatem testãdi de rebus donatis, & testamentum fecerit, illud in primis seruandum est. Si verò non fecerit, donatio suum effectũ sortitur.* Para lo qual alega a Baldo, y a Barbacia, y a Natta, y Ruino, ampliandolo, y explicandolo: nec dissonant tradita à Vincentio de Franchis decisione 45. parte 1. & decisione 600. par. 4.

Contra lo qual se oppuso en estrados, que Fernan Garcia de Benjumea no se obligó, ni quiso quedar obligado, respecto de los segundos quatro mil ducados de los ocho: porque en las capitulaciones matrimoniales se contiene lo siguiente. *Y el dicho señor Fernan Garcia de Benjumea Alcalde perpetuo de la villa de Marchena tio de mi señora doña Francisca promete de dar al dicho señor don Alonso Muñoz de Otalora, y a mi señora doña Francisca en dote 8U. ducados para despues de sus dias, en la forma que se sigue. Los quatro mil ducados precisamẽte, y los otros quatro mil ducados reseruã*

dolos

dolos a su voluntad, para q̃ en ellos haga lo q̃ le pareciere, assi en darlos, como en no, &c. Y el poder q̃ el dicho Fernã Garcia otorgò, dize ansi. *De mas de la dote que le promete el dicho Pedro de Fontiueros en casamiento, yo le he ofrecido ocho mil ducados, que valen tres quentos de marauedis de mis bienes, para en fin de los dias de mi vida, para que los aya por augmento de la dicha dote, en esta manera. Los quatro mil ducados precisamente de los dichos mis bienes. Y los otros quatro mil ducados si yo quisiere darselos, o dexarselos, de los dichos mis bienes, en fin de los dichos dias de mi vida, segun y como se contiene en los capitulos y cõdiciones q̃ oy dia dela fecha auemos firmado &c.* Donde se põderan aquellas palabras, *si yo quisiere darselos.* Y las otras, *reseruandolos a su voluntad,* junto cõ la l. sub hac conditione 7. ff. de actionibus, & obligationibus, *sub hac conditione* (inquit) *si volam, nulla fit obligatio: pro non dicto enim est quod dare nisi vellis cogi non possis.* Concordat l. in vendentis 13. C. de cõtrahenda emptione, & l. debitor 108. ff. de verborum significatione, tradit Antonius Gomez. 1. tomo variarum, cap. 12. nu. 47. in medio. Y es muy grande la diferencia de entrar prometiendo, y obligandose, aunque con reserua y facultad de poder reuocar, a lo que suena dezir, vno quedarà y pagarà si quisiere. Porq̃ aquel lenguaje tiene primordio, y subsistencia de obligacion, vt alias habetur apud glossam, verbo conditionalis, in l. 2. ff. de in diem addictione. Y estotro segundo, no, en cuyos terminos parece que estamos.

A este argumento, que es todo el peso, y a quiles contrario, se responde, y satisfaze, multipliciter. Lo primero, que la dicha l. sub hac conditione, y sus concordãtes suelen limitarse en promessas de dotes. Cynus in l. 3. ad finem. C. de dotis promissione, Bald. in l. 1. num. 14. sub vers. *quæro an valeat.* ff. soluto matrimonio. vbi etiam Alex. num. 28. Vincentius num. 47. Ioannes Crotus, num. 93. & Camillus nume. 135. Rogerius in tractatu de dote. §. 8. num. 4. & Corasius in l. qui liberos, numer. 164. ff. de ritu nuptiarum, nec

dissen-

con voluntad del dicho señor Fernando Garcia, y a mayor abundamiento el dicho señor Fernando Garcia se obligò en la forma, y segun y como se contiene en el dicho capitulo y capitulacion del dicho casamiento: todo lo qual aprobò, y ratificò. Ecce como promiscuamente habla de lo contenido en el cap. proximo de arriba, y en las capitulaciones matrimoniales, diziendo ser vna propria cosa: y ansi siempre auia sido su volũtad vna misma, de mandar, y prometer los segundos quatro mil ducados, con que quedasse a su disposicion el poder reuocallos. Y quando el otorgante, y testador se interpretan y glosan; no ay mas que pedir en el mundo, ni es necessario occurrir a otros entendimientos, iuxta celebrem Baldi doctrinam, in authentica nisi rogati, n.9. C. ad Trebellianum. Demas de que no desdize, y se verifica muy bien el lenguaje, de q̃ los dichos quatro mil ducados segundos estauan mandados *a volũtad y disposicion del dicho Fernan Garcia de Benjumea para si los quisiesse dexar, y mandar:* palabras formales de la dicha escritura vltima, pues si los reuocara, no los dexaua, y le era libre hazer su gusto enellos: y mas con algun color, y fundamento. Lo octauo se responde. Que aunque no se hiziera caudal de lo dicho en fuerça de interpretacion de lo primero, deuia atẽderse, y valer en fuerça de nueua disposicion, y obligacion; quia posteriora prævalẽt, & prioribus addũt, secundũ materiã text. in l. pacta nouissima. C. de pact. Lo 9. Si se opusiere, que el dicho Fernã Garcia no entendio ni echaria de ver la diferencia del lẽguaje de la vltima escritura; la salida y replica serà facil, considerando que fue hombre muy inteligente, y Alcalde ordinario de Marchena mas de 30. años continuos. Con lo qual concurre, que las palabras no estauan en Latin, y fueron bien claras; y la presumpcion de derecho es, que las oyò y comprehendiò, y supo lo que contenian. Alex. cons. 147. nu. 4. vol. 2. Iason num. 5. & Zasius 4. in l. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus. ff. de verbor. obligat. Aluarus Velascus consultatio. 67.

num.10. lib.1. a que se junta la relacion del mismo otorgamiento, ibi. *Estando presente à lo contenido en esta escritura el señor Fernando Garcia de Benjumea Alcalde ordinario perpetuo en la villa de Marchena, y vezino della, y auiendola oydo y entendido, &c.* Quanto mas, que si a caso se arrojò, y no lo entendió, podiamos dezille, que se lo imputara a si proprio. Finalmente se responde. Que no puede imaginarse engaño alguno contra el sobredicho, supuesto que tuuo libertad, y facultad de poder reuocarlo tocante a los segũdos quatro mil ducados. Y con dezir, y otorgar que los reuocaua, se resoluia y fenecia el negocio: especialmente tomando alguna ocasiõ, y causa colorada: y assi no ay que arguirnos de la l. si quis cum aliter 36. ff. de verborum obligationib. Y antes el señor dõ Alonso Muñoz quedara engañado, si aquello no tuuiera substancia, ni promessa, ni obligacion, ni fuera nada. Y si ad libitum pudiera deshazerse sin proposito, ni fundamento. Y como quiera que en las probanças contrarias ay testigos de auer sido auisado, y rogado que lo reuocasse, queriẽdolo meter para ello en los escritorios de los escriuanos; y con todo esso nunca lo hizo, ni reuocô en el discurso de quatro años de vida; bien se sigue, que tuuo duracion, y perseuerancia en la voluntad fauorable a su sobrina, vt post alios censet in simili Menochius de arbitrarijs, casu 395. num. 25. ibi: *Quãdo post ipsam prohibitionem potuit testator multoties ad libitum suum mutare testamentum, & non mutauit, tunc illi qui iam prohibuerãt, damnum aliquod sentire nõ possunt: sed ex eo testamento succedant.* Subscribit se Farinacius tomo 5. praxis criminalis, quæst. 161. de falsitate, & simulatione, num. 85. cõtra lo qual no obstara oponer, que algun testigo delas otras partes dize auer tenido Fernan Garcia de Benjumea voluntad, y animo de reuocar los quatro mil ducados segũdos, porque se responde. Que no consta de tal, ni ay probãça que concluya. Y assi, aunque nos allanaramos en que sin causa lo podia hazer, no importaua; mayormẽte

que

que el arrepentirse vno de lo que tiene dispuesto, no sirue mientras no lo reuoca por su camino. §. ex eo autem solo, instit. quib. modis testamenta infirmentur. Ni tampoco basta, ni aprouecha la volũtad informe. l. si repetendi 7. cum ibi notatis. C. de cõdiction. ob causam. Y sobre todo, nunca doña Luisa de Gongora hermana, y proxima heredera del dicho Fernan Garcia alegò cosa alguna contra la dicha promessa, aũque viuio dos años executada por los ocho mil ducados. Y es gran presumpciõ de incertidumbre y malicia en todo lo que se opone, el no auerlo ella dicho en su vida, ni reuocado su hermano, y salir aora con nouedades, e inuenciones al cabo de tanto tiempo: vnde subintrat text. in l. si quis forte 6. ff. de pœnis, & in cap. 1. ibi: *Cur tamdiu tacuit*, de frigidis, & maleficiatis.

Cerca de los otros quatro mil ducados primeros, y precisos, se ha pretendido y pretẽde probar por los reos, que de secreto prometio Pedro de Fontiueros, que no auian de ser mas que 3U. ducados: lo qual deue ser tenido por muy sospechoso, pues nunca lo alegó la dicha doña Luisa. Y hasta los testigos cõtrarios varian en ello, y muchos nos aprouechan. Pero, aunque (sin perjuyzio de la verdad) tuuiera esto fundamento, y probança, con todo esso podia y deuia reparse, en que las contra cedulas, o contra pactos semejantes, no suelen ser validos para disminuir las promessas de dotes, ni los caudales que se lleuan al matrimonio. Baldus in l. si præses. 8. C. de donationibus. Tellus Fernandez in l. 17. Tauri, nu. 72. & 73. Molina lib. 4. de primogenijs, cap. 2. num. 18. Matienço in l. 1. tit. 6. lib. 5. nouæ recopilationis, glos. 8. nu. 4. Mieres, 1. par. de maioratib. quæst. 22. nu. 31. & 32. Gutier. de iuramento confirmat. 1. par. cap. 59. ex num. 12. Angulo in l. 6. de meliorationib. glos. 10. nu. 3. cum seqq. Thomas Sanchez de matrimonio lib. 6. disputatio. 32. n. 2. & 5. Molina Iesuita, tomo 3. de iustitia, & iure, disput. 579. nu. 8. Vincentius de Franchis, decisio. 205. part. 1.

Me-

Menoch.conſ.203.nu.13.vol.3.Martinus Monter,poſt deciſiones Regni Aragonum, in reſponſo pro vxoris amita, par.1.nu.77. Aluarus Velaſcus, conſultatione 153.tomo 2.

Cō lo qual ſolo parece nos reſta pro coronide aduertir. Que lo que ſe propone de contrario por paga, no es en dinero, ſino en bueyes, y otras ſpecies, de q̃ en rigor no ha de auer,ni ay compenſacion para deſquento de la cantidad que pedimos; notatur in l.fin. C.de compenſationib.& per Ioſephum Ludouicum, deciſione Peruſina 15.nu.5.Demas de que no entiendo,que ay concluyente probança,ni coſa liquida,que reſulte de las partidas de los memoriales. Y quando la vuiera ſe dize, que ſe entregaron a Pedro de Fontiueros padre de doña Franciſca, y a ſus criados, y eſclauos,que ſon diferentes perſonas.Y ſi ſe dixere,que ella ha venido a ſer heredera del ſobredicho, eſſo no podia afectalla,ni cōprehendella mas que por ſu porcion hereditaria, vt in l.cum à matre 14.C.de rei ven dicat.& in l.2.C.de hæreditarijs actionibus,& in l.24. tit.5.part.5.gloſ.verbo ex parte,prope finem,in l.2.§. fin.ff.de prætorijs ſtipulationib.Tiraquel. de retractu linagier.§.32. gloſ.vnica,nu.5. Pinellus in l.1. part.3. nu.97.C.de bonis maternis. En cuya conſequencia, pues ay otra hermana, y coheredera; ſolo nos podia venir a tocar la mitad de lo verdaderamente pagado, y ſobre todo los dichos bueyes, y otras coſas ſe ponē en precios muy exceſsiuos, y en otro tanto mas, que montan los aprecios de la particion del dicho Fernan Garcia de Benjumea, ſiendo como es juſticia, y derecho, que en las dotes no ſe dè lugar a ningun genero de engaño,l.iure ſuccurſum 7.ff.de iure dotium.l.16. tit.11. part.4. cum traditis ad propoſitum vtriuſque. Et hæc omnia ſint dicta ſub D. V. cenſura dignisſima, &c.